



Analiza

KBN

Nr 16 (111) / 2022

17 października 2022 r.



Niniejsza publikacja ukazuje się na warunkach międzynarodowej licencji publicznej
Creative Commons 4.0 – uznanie autorstwa – na tych samych warunkach – użycie niekomercyjne.

This work is licensed under a [Creative Commons Attribution – NonCommercial – ShareAlike 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)

Reformy Federalnej Służby Wywiadowczej – w kierunku umiędzynarodowienia jurysdykcji w kontekście ochrony przed masową inwigilacją

Piotr Gorszewski¹

Celem analizy jest chronologiczne przedstawienie procesu reform z ostatnich lat, które niosły za sobą daleko idące implikacje w sferze polityczno-prawnej. W ich wyniku niemiecki wywiad przeszedł głębokie zmiany strukturalne. Gruntowna przebudowa Federalnej Służby Wywiadowczej (*Bundesnachrichtendienst*, BND) jest próbą przygotowania wywiadu na nowe wyzwania w dynamicznie zmieniającym się układzie bezpieczeństwa międzynarodowego. W ostatnim czasie BND musiało skonfrontować się m.in. z zarzutem nietrafnej analizy sytuacji w Afganistanie latem 2021 r. związanej z przejściem władzy w tym kraju przez talibów. Oprócz przeniesienia siedziby BND z Monachium do Berlina i zwiększonego federalnego dofinansowania postanowiono utworzyć dodatkowe gremium w postaci Niezależnej Rady Kontrolnej ([Mateusz Kolaszyński, 2021](#)). Do zadań

¹ Autor studiuje nauki polityczne na Uniwersytecie w Bremie i specjalizuje się w zakresie polityki międzynarodowej, m.in. zagadnień polityki polarnej i morskiej, takich jak formach globalnego zarządzania w regionie Arktyki. Poza tym obszar zainteresowań badawczych obejmuje zagadnienia dotyczące polityki Chin i państw rozwijających się (*emerging states*). Autor spędził semestr zimowy 2021/22 na Wydziale Studiów Międzynarodowych i Politycznych UJ w ramach programu Erasmus+.

nowo powstałej i złożonej z sędziów instytucji należy zwiększona kontrola aktywności wywiadowczej prowadzona przez BND poza granicami Niemiec.

W niniejszej analizie zostanie przedstawione tło wydarzeń politycznych związanych z tzw. aferą NSA (*NSA-Affäre*), które towarzyszyły procesom przemian strukturalnych w BND. Następnie zostanie omówiona debata polityczna wokół reform tej instytucji i podjęte kroki prawne w celu usprawnienia działań BND, w tym zwiększenia sprawowanej nad nią kontroli instytucjonalnej.

Przełomowe orzeczenie Niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego: działalność BND wobec wyzwań dla bezpieczeństwa międzynarodowego

Obecny stan badań nad służbami wywiadowczymi nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, w jakim stopniu działalność wywiadowcza jest czynnikiem stabilizującym bezpieczeństwo międzynarodowe. Niewątpliwie pewnym utrudnieniem badań politologicznych nad służbami wywiadowczymi jest ich tajność i brak przejrzystości. Poza tym sam charakter aktywności wywiadowczej i spektrum jej obowiązków uległ dynamicznym przeobrażeniom. Obecnie służby wywiadowczej działają na takich polach jak cyberprzestrzeń, bezpieczeństwo gospodarcze czy przeciwdziałanie terroryzmowi. W demokracjach zachodnich z ustabilizowanymi mechanizmami praworządności pojawia się konflikt pomiędzy potrzebą tajności działań wywiadowczych a transparentnością funkcjonowania organów państwa. W ustrojach demokratycznych próbuje się rozwiązać to napięcie poprzez wszechstronną cywilną kontrolę władzy wykonawczej i podległych jej służb wywiadowczych. Sposób, w jaki się to odbywa nie jest oczywisty z perspektywy teorii demokracji. Z jednej strony należy zauważyć, że prawo do kontroli służb wywiadowczych przez parlamenty, sądownictwo i społeczeństwo różni się znacznie w parlamentarnych i prezydenckich formach rządów. Z drugiej strony należy stwierdzić, że nawet kompleksowe mechanizmy kontroli, takie jak w systemie amerykańskim, w żaden sposób nie gwarantują skutecznej kontroli czy nawet efektywnego wykorzystania służb.

W 2016 r. niemiecki parlament uchwalił nowelizację ustawy o BND, która w tamtym czasie wzbudziła duże zainteresowanie opinii publicznej. Ówczesna reforma była najdalej idącą od dłuższego czasu i w przeciwieństwie do reform wywiadowczych z 1999 r. i 2009 r. nie przyjęto jedynie kosmetycznych poprawek, lecz zastosowano rozwiązania odnośnie do istniejących luk prawnych w działalności wywiadowczej BND ([Sven Lüders 2016](#)). Mimo to w późniejszym czasie organizacje społeczne nadal krytkowały ustawę o BND ze względu na niedostateczne gwarancje ochrony danych i poufnych informacji. Krytyka społeczna działalności inwigilacyjnej BND doprowadziła do skierowania sprawy uprawnień wywiadu do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) w Karlsruhe. Dnia 19 maja 2020 r. trybunał orzekł, że BND nie może prowadzić masowej inwigilacji za granicą. Zgodnie z orzeczeniem, niemiecki wywiad, tak jak inne organy państwa, podlega Ustawie Zasadniczej (*Grundgesetz*) z 1949 r. [Orzeczenie BVerfG](#) ma duże znaczenie, ponieważ zobowiązuje BND do przestrzegania ustawy zasadniczej także poza granicami Niemiec.

Uzasadnienie reformy BND

Politycznym tłem dla reformy BND była afera podsłuchowa NSA na obszarze Niemiec. Podsłuchiwanie niemieckich decydentów politycznych przez służby wywiadowcze USA podważyło zaufanie do instytucji amerykańskich w Niemczech i wystawiło sojusz niemiecko-amerykański na poważną próbę ([Christian Haden, 2017](#)). Powołano w Bundestagu komisję śledczą do zbadania sprawy globalnej inwigilacji przez Narodową Agencję Bezpieczeństwa (NSA-Untersuchungsausschuss). Podczas wyjaśniania w ramach działalności komisji kulisów globalnej inwigilacji prowadzonej przez NSA doszło do debaty publicznej dotyczącej regulacji prawnych BND ([Thorsten Wetzling i Daniel Moßbrucker, 2020](#)). Jej głównym tematem były istniejące wtedy luki prawne w uregulowaniu działalności inwigilacyjnej BND prowadzonej w innych krajach oraz przetwarzanie i udostępnianie danych osobowych przez BND służbom wywiadowczym innych państw. Poza tym kwestią sporną był obszar rozpoznania danych za granicą (*Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung*). Do tej pory wywiad zagraniczny BND działał na podstawie szczątkowej regulacji ustawy z 20 grudnia 1990 roku ([Finn O. Körner, 2021](#)). Ustawa pozwalała na inwigilację cudzoziemców w celu pozyskiwania informacji. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom uregulowania prawnego rozpoznawania danych osobowych obcokrajowców poza granicami Niemiec przez BND, Bundestag uchwalił 21 października 2016 nowelizację ustawy o BND usuwającą istniejące luki prawne.

Mimo nowelizacji ustawa o BND nadal wywoływała kontrowersje i wątpliwości. Między innymi krytykowano, że obcokrajowcy nie są objęci ochroną praw podstawowych, jeśli są podsłuchiwani przez BND. Problematicznym było też założenie, że BND może skutecznie rozróżnić aktywność w cyberprzestrzeni między niemieckimi obywatelami a obcokrajowcami ([Markus Sehl, 2020](#)). Fakt, że nie jest to już możliwe w warunkach nowoczesnej transmisji danych, może podać w wątpliwość wykonalność regulacji mających zastosowanie do nadzoru komunikacyjnego jako całości. Dodatkowo ustawa z 2016 r. przewidywała znacznie szerszy zakres inwigilacji zagranicznej niż dotychczasowe rozpoznanie wywiadowcze. Według nowej ustawy inwigilacja zagraniczna jest dopuszczalna w celu rozpoznania ewentualnych zagrożeń dla bezpieczeństwa RFN. Jednak szereg prawnych nieścisłości związanych z przesłuchiwaniami i transmisją danych przez BND za granicą poniósł za sobą postulaty kierowane przez organizacje pozarządowe do niemieckiego ustawodawcy ([Christian Schaller, 2016](#)). Pod koniec 2017 r. krytyka ze strony szeroko pojętego społeczeństwa obywatelskiego doprowadziła ostatecznie do złożenia skargi konstytucyjnej przez Towarzystwo Wolności Obywatelskich (*Gesellschaft für Freiheitsrechte*). Skarga dotyczyła uprawnień BND do prowadzenia inwigilacji zagranicznej i była skierowana przeciwko daleko idącym uprawnieniom inwigilacyjnym niemieckiego wywiadu zagranicznego poprzez ustawę o rozpoznaniu telekomunikacyjnym za granicą z 23 grudnia 2016 roku (nowelizacja ustawy o BND z 1990 r.). Ustawa umożliwiła selektywne przechwytywanie telekomunikacji za granicą oraz ocenę wszystkich generowanych treści i danych o ruchu. W przeciwieństwie do czysto krajowych środków inwigilacji prowadzonych na podstawie kodeksu postępowania karnego, BND nie potrzebowała żadnego konkretnego podejrzenia ani zezwolenia sądu na taki strategiczny nadzór. Komunikaty przeszukiwano na podstawie określonych haseł wyszukiwania, zakładając ogólną sytuację zagrożenia. Z punktu widzenia prawnego zasadniczą kwestią sporną stało się rozszerzenie obszaru obowiązywania ustawy za-

sadniczej poza granice Niemiec. Skarga konstytucyjna została poparta przez Niemieckie Stowarzyszenie Dziennikarzy (*Deutscher Journalistenverband*, DJV), Niemiecki Związek Dziennikarzy oraz Reporterów bez Granic (*Reporter ohne Grenzen*, ROG).²

Implementacja wyroku BVerfG oraz wprowadzenie instytucjonalnych rozwiązań

BVerfG rozpoznał skargę i wydał wyrok 19 maja 2020 r., w którym stwierdził niezgodność ustawy o BND z art. 5 i art. 10 Ustawy Zasadniczej dotyczącymi praktyki masowej inwigilacji zagranicznej. Niemieccy sędziowie wydali wytyczne dla strategicznej aktywności wywiadowczej za granicą, które ustawodawca miał implementować w formie regulacji prawnych. Do 31 grudnia 2021 roku Federalna Służba Wywiadowcza miała dopasować praktykę technicznego rozpoznawania (*Technische Aufklärung*) do wytycznych Trybunału Konstytucyjnego. Orzeczenie sędziów z Karlsruhe zobowiązało BND do przestrzegania zasad praworządności w rozpoznaniu zagranicznym. Oznacza to też, że w przypadku wątpliwości co do praworządności i przestrzegania praw człowieka w danym państwie BND nie może dopuścić do transferu danych. Zgodnie z orzeczeniem działalność wywiadowcza jest zatem ściśle związana z przestrzeganiem praw podstawowych.

Zobligowanie niemieckich organów państwowych do nowego uregulowania aktywności BND za granicą przyczyniło się do zmian prawnych i nowych rozwiązań instytucjonalnych, które zostały uwzględnione w projekcie nowelizacji ustawy o BND. 25 marca 2021 r. nowy projekt tej ustawy został przegłosowany w niemieckim Bundestagu ([Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts](#)). Rozwiązaniem instytucjonalnym zmian ustawowych było utworzenie Niezależnej Rady Kontrolnej (*Unabhängiger Kontrollrat*, UKRat). UKRat stanowi organ kontrolny nad legalnością technicznego rozpoznawania przez BND za granicą, który rozpoczął swoją działalność z dniem 1 stycznia 2022 roku. Głównym zadaniem nowo powstałego organu jest kontrola legalności rozpoznania przez BND poza granicami Niemiec. Poza tym zakres kompetencji tej instytucji obejmuje ścisłą współpracę z zagranicznymi służbami. Niezależna Rada Kontrolna składa się z organu kontroli administracyjnej oraz organu kontroli sądowej. Komplementarne współdziałanie obu organów ma gwarantować kontrolę prawną całego obszaru rozpoznania technicznego BND zgodnie z wymaganiami Ustawy Zasadniczej.

Przebieg debaty parlamentarnej nad uchwaleniem reform w sprawowaniu kontroli nad BND pokazał znaczne zróżnicowanie poglądów w tym zakresie. Podczas gdy rządząca koalicja CDU/CSU i SPD głosowała za przyjęciem zmian, opozycja złożona z AfD, Die Linke, FDP oraz Bündnis 90/Die Grünen wyraziła swój sprzeciw. Szczególnie przedstawiciele lewicowego ugrupowania Die Linke podkreślali daleko idące uprawnienia w zakresie inwigilacji obywateli przez BND. Z kolei postawie AfD wyrażali swoją dezaprobatę dla umiędzynarodowienia ważności praw zawartych w niemieckiej Ustawie Zasadniczej. W ocenie tej frakcji próba umiędzynarodowienia ustawy zasadniczej na przykładzie uregulowania aktywności wywiadowczej BND jest nie do przyjęcia. Liberałowie z FDP postulowali konieczność utworzenia sieciowego systemu kontroli BND, który jednocześnie gwarantowałby przejrzystość działalności wywiadowczej. Projekt FDP ([Reform der Nachrichtendienste – Lehren aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BND-Gesetz](#)) przewidywał konieczność

² Do krytyków przyjętej w 2016 roku nowelizacji ustawy o BND zaliczały się uznane osobistości, jak laureatka Alternatywnej Nagrody Nobla Khadija Ismayilova oraz dziennikarz brytyjski Richard Norton-Taylor ([Christian Fürstenau, 2018](#)).

utworzenia wielopoziomowego mechanizmu kontroli w oparciu o trzy filary: Komisję G10, Parlamentarne Gremium Kontrolne oraz nową instytucję kontroli – niezależnego parlamentarnego rzecznika ds. wywiadu. Zgodnie z propozycją FDP sieciowy charakter sprawowania kontroli wymaga stałych interakcji pomiędzy instytucjami kontrolnymi oraz dostępności informacji o ich działaniach dla opinii publicznej. Sieciowy charakter kontroli był uzasadniany koniecznością reagowania na ponadnarodowe zagrożenia dla stabilności demokracji. W tym kontekście posłowie z FDP uznawali ujęcie służb wywiadowczych jako domenę państwa narodowego za niewystarczające i przytaczali argumenty za regulacją współpracy BND ze służbami innych państw. W ocenie FDP rząd zaprzepaścił możliwość głębokiej restrukturyzacji wywiadu i głosował za odrzuceniem projektu zasadniczych reform. Łącznie debata wokół rządowego projektu reform BND w organach legislacyjnych trwała od stycznia do marca 2021 roku. Alternatywne propozycje partii opozycyjnych dotyczące nowelizacji ustawy o BND zostały podczas obrad odrzucone.

Ocena reform BND w kontekście ponadnarodowych zagrożeń bezpieczeństwa

Reasumując proces reform BND w ciągu kilku ostatnich lat można stwierdzić, że uchwalone nowelizacje stanowią odpowiedź organów państwa na zagrożenia związane z cyfryzacją wielu obszarów życia publicznego i potrzebą kontroli przepływu informacji. Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 19 maja 2020 r. posiada szczególny charakter, ponieważ dobitnie pokazuje, że integracja ze wspólnotą międzynarodową w formie współpracy służb wywiadowczych powinna implikować przestrzeganie praw podstawowych. Tym samym orzeczenie niemieckich sędziów dobitnie wyznacza ponadnarodowy obszar obowiązywania podstawowych praw człowieka zawartych w Ustawie Zasadniczej oraz ich eksterytorialność. Zdaniem sędziów z Karlsruhe obowiązujące poza granicami Niemiec i wykazują uniwersalny charakter. Spoglądając na proces reform BND na przestrzeni ostatnich lat w szerszej perspektywie polityki międzynarodowej staje się jasne, że postępująca globalizacja i rosnący przepływ informacji stanowią wyzwanie dla działalności wywiadowczej i organów państwowych z nią związanych. Proces nowelizacji ustawy o BND uwidoczniał także skalę napięcia pomiędzy koniecznością zwalczania potencjalnych zagrożeń dla państwa demokratycznego i potrzebą ochrony konstytucyjnie zagwarantowanych praw podstawowych. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z maja 2020 r. i związana z nim nowelizacja ustawy o BND stanowią przypadek precedensowy i mogą sprawić, że również inne państwa uznają konieczność ochrony praw podstawowych w związku z zagraniczną działalnością wywiadowczą. Najbliższe lata pokażą, w jakiej mierze uchwalona nowelizacja ustawy o BND przyczyni się do umocnienia mechanizmów demokratycznej kontroli nad działalnością wywiadowczą i ochrony praw podstawowych przed masową inwigilacją.³

³ UKRat jest zobligowany do półrocznego zdawania informacji dla gremium parlamentarnego o podjętych działaniach. Nie są jeszcze dostępne informacje na temat wyników jej działalności. Autor wysłał w tym celu zapytanie do UKRat. Jednak w odpowiedzi na zapytanie podkreślono poufny charakter informacji o działaniach UKRat i wynikający z tego brak dostępności informacji o działaniach UKRat dla szerszej opinii publicznej.